

# 可预见性规则在合同法上的适用范围

汪 芬

**摘 要** 可预见性规则作为完全赔偿原则的限制,其适用范围直接影响到当事人的利益。然而,立法规定的粗略和理论研究的缺位导致了适用范围上的模糊,本文通过对可预见性规则的理论分析和比较研究得出该规则的适用范围。

**关键词** 可预见性规则 损害赔偿 适用范围

中图分类号:D923.6

文献标识码:A

文章编号:1009-0592(2009)09-326-02

可预见性规则,又称为应当预见规则,是指违约方承担赔偿责任,其范围不得超过他订立合同时所预见或应当预见到的损失的规则。可预见性规则,作为大陆法和英美法两大法系在限定合同违约责任上所共同使用的规则,起源于法国,发展于英美,并为世界各国普遍接受和被国际重要法律文件采纳,现已成为一条重要的国际法律规则。

我国《合同法》113条规定:“违约方的责任不得超过违反合同一方订立合同时预见到或应当预见到的因违反合同可能造成的损失”,全面确立了违约损害赔偿的可预见性规则。然而,不论是法学理论界还是司法实务界对可预见性规则总显得陌生和漠然。这样,在法律文本上已存在十几年的规则,是否真正进入社会,成为实践中的规则值得怀疑,法律表达与法律实践之间的差距令人震惊。适用范围作为可预见性规则适用应解决的前提问题,本文试图对该问题做初步地探讨,以期望使之明确。

## 一、可预见性规则存在的必要性

中国的法院在欠缺深厚的理论基础准备下,便匆匆地“披挂上阵”。这样,法院在面临违约损害赔偿的范围问题时,从实际的运作实效上看,更多的是回避了正面解决这一问题。换言之,法院通过其他的途径予以解决,如通过强调调解,或通过强调违约金。

调解作为我国司法制度的优良传统之一,在民事诉讼中发挥着重要的作用。然而,调解也存在着不可忽视的缺陷:调解书的制作不需要充分地说明理由,弱化了实体法对法官的约束作用。法官调解案件纠纷,目的在于“化解”纠纷,而不在于“解决”纠纷。只要纠纷解决了,便不管当事人之间的权利义务关系是否弄清楚。这样做,表面上看来似乎大量纠纷经由调解这种双方自愿、自主的方式解决了,事实上不论是对当事人实体权利的保护,还是对侵权行为的制裁都是不利的。因而,“调解只是一种打折的正义”。另外,当事人之间若约定了违约金且对违约金的数额没有争议,固然能解决当事人之间的合同纠纷。但《合同法》第114条第3款规定:“约定的违约金过低或过高造成的损失时,当事人可以请求法院或仲裁机构予以增加或减少”,说明仅通过当事人约定违约金尚不能解决问题。

调解或违约金的“功能替代”虽侧面解决了违约损害赔偿范围的确定问题,但都无法完全替代法定损害赔偿金的作用,自然也无法完全取代可预见性规则的地位。它们适用中产生的弊端从反面论证了可预见性规则存在的必要性,反映出不能将可预见

性规则束之“文本”高阁。

## 二、可预见性规则的理论基础

可预见性规则在我国仅有其“名”而无其“用”的部分原因在于:不明确可预见性规则的理论基础。只有明确该规则的理论基础,才能为其适用中出现的争议找到合理、可靠的解决方法。

大陆法系中关于可预见性规则理论基础的学说主要有意思说、政策说。意思说认为,可预见性规则是“合同自由”、“意思自治”的延伸。“(赔偿)预见性债务的真正原因在于合同本身的默示条款中,此为债务人对于主债务未被履行场合与债权人的赔偿合意。”政策说认为,从公开或隐形立场有关的价值取向和观念出发,应限制债务人合同责任。如果不限制债务人的违约责任,可能会使交易受到抑制,不利于社会发展。从目前的实际情况来看,意思说逐渐衰弱,而政策说正扩大影响范围。

英美学者从不同的角度对可预见性规则进行解释论证。有学者认为,根据公平原则的要求,赔偿的首要目的是在金钱能及的限度内,使受害方的权利置于如同未受侵害一样的状态,然而,至少在合同领域绝对地追求这一目的过于严苛,因而需要可预见性规则的限制。阿蒂亚先生也认为,让被告在正常或可预见的基础上,而不是不正常或不可预见的基础上负责有着坚实的理性基础。让当事人对不可预见的结果负责是不公平的。波斯纳认为,可预见性规则既符合公平又符合效率。如果风险仅为一方当事人所知,那么另一方就不应该对可能发生的损失承担责任。这一原则将促使知晓风险的一方采取适当的预防措施,或者在他相信另一方可能是更有效率的损失预防者时,可要求对方承担这一损失风险,并支付相应的代价。这样,就以最有效率的方法分配了风险。

笔者认为,可预见性规则的理论基础应该在于符合意思自治原则以及能够实现法律所追求的公平的终极目标。依据意思自治原则,当事人享有决定合同义务范围的权利,而不履行合同义务所产生的责任亦有赖于当事人的意愿,也就是说,合同责任取决于当事人的预见。双方当事人是基于订约时(应)知道的事情和环境而做出订立合同、承担义务的意思表示,合同效力也是在此基础上产生和维持。因此,如果违约所产生的损失是违约方订约时不可预见的,那么合同对该损失并无拘束力,受害人不能依据合同要求违约方承担责任。同时,公平原则不仅仅体现为当事人在权利义务关系上的大体对等,也要求民事主体合理承担民事责任。合同一方因承担责任而致权利义务显失公平,同样不符合

公平原则。另外,如果只有一方当事人知道损失风险,那么除非另一方知道或应知道外,让另一方就此风险承担责任也是不公平。

### 三、国外法中可预见性规则的适用范围

从可预见性规则的适用范围来看,两大法系国家采取了不同的立法例,其分歧点主要在于违约方的主观心理状态能否影响可预见性规则的适用。

在违约方的主观过错程度是否影响赔偿范围的问题上,大陆法系国家几乎一致地采取了肯定的态度,对赔偿范围根据有责的程度进行划分。法国法等大陆法在体系的设立上区别故意违约与过失违约,考虑了故意违约的情况。认为债务人不履行债务不是出于债务人故意,是可预见性规则适用的必要条件,故意违约就导致了可预见性规则的不适用,而适用完全赔偿原则。对此一例外最通常的解释为,债务人的故意违约在主观上具有可非难性,剥夺了其享受责任限制之优待。目前“故意违约”的范围有所扩大,即使不是基于损害对方当事人的动机的拒绝履行,也被包括在故意之中,而且重大过失违约视同故意违约。

英美法则将可预见性规则适用于一切违约场合,不论该违约是出于故意、过失或无过失。其原因是,在英美等普通法国家中,违约方的过错程度通常不影响损害评估,一旦违约成立,在故意违约、过失违约或无过失违约之间没有任何区别。“过错并非合同责任的构成要件之一,过错程度通常也并非计算损害赔偿范围时要考虑的一个因素,一旦发生违约,违约人是故意、过失或无过失均不重要,善意恶意并未所闻。”英国合同法中限制损害赔偿的是损害远隔性规则(损害远隔性规则,与可预见性规则的内涵基本相同,是可预见性规则在英国的表达方式),而损害远隔与否是以违约方订立合同时合理预见为标准。美国基本保持同英国一致的做法,然而,有意见提出——可预见性规则仍适用于故意违约的场合,但应把预见时间由“订约时”改为“违约时”。

笔者认为,法国对于可预见性规则在故意违约的例外在于其坚持可预见性规则体现了意思自治的基本要求。根据意思自治原则,可预见性规则的适用被认为是“对合同损害的赔偿的独自性的承认”,债务人的故意违约或重大过失违约破坏了合同当事人订立合同时的意思表示一致,债务人的行为应使他无权再享受对损害赔偿进行限制这一利益。英美法中可预见性规则主要解决结果损害之问题,它表现为一种与损害的直接性或间接性相关的因素,其作用在于割断过分远隔的损失,因而其在故意和过失违约场合一视同仁。美国新出现的观点体现了其处理问题时的实用主义,较之英国法也更有利于债权人利益的保护。然而,市场充满了竞争,信息的拥有量在很大程度上决定了交易的利润。由于关涉商业秘密以及下手合同向对方的要求,债权人无义务亦无必要向违约方披露相关信息,因此,若以“违约时”合理人的预见来限制损害赔偿范围对债权人来说仍是不公平。

### 四、我国合同法中可预见性规则的适用范围

《合同法》第113条第1款规定:“可预见性规则适用于‘当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的’情形。从法条字面上理解,违约方的主观心理状态对可预见性规则的适用没有影响。第2款‘经营者对消费者提供商品或服务有欺诈行为的,依照《中华人民共和国消费者权益保护法》

的规定承担损害赔偿赔偿责任。”是对消费合同存在欺诈情形时的特别规定,在此情形下排除可预见性规则的适用。那么,我国合同法第113条的规定是否妥当?

通说认为,可预见性规则仅适用于违约损害赔偿场合,并在当事人之间存在约定损害赔偿或特别法规定了赔偿范围时不予以适用。具体言之,在适用可预见性规则时需考虑以下情况:一是在承担违约责任情形下,只有在赔偿损失时才有可预见性规则适用空间;二是当事人之间不存在约定损害赔偿;三是特别法未规定赔偿范围。这些观点不具有争议性,目前学术界争议较大的是故意违约能否适用可预见性规则,即违约方的过错程度应否影响可预见性规则的适用。

根据前面的比较分析,笔者认为,我国应借鉴法国的做法将故意违约作为可预见性规则适用的例外。首次排除可预见性规则在故意违约时的适用符合意思自治原则和公平原则。如上所述,可预见性规则体现并保护了当事人的意思自治,当事人有决定其合同义务范围的自由,而不履行义务所导致的后果亦有赖于当事人的意愿。而故意违约破坏了当事人订立合同时的合意,因此基于合同意思所产生的可预见性的限制便失去了存在的根据。其次,故意违约意味着违约方主观上存在可非难性,我们的法律不能容忍主观上具有过错的主体还享受责任限制之利益。而且,如果违约是当事人的选择,那么他在明知违约会给自己带来不利益而仍为之,显然已另有所图。此时对违约方适用可预见性规则,也就相当于将其遇到的风险转嫁到对方,损人以利己,对受害方很不公平。最后,从对合同欺诈的不同处理来看,《合同法》对债务人的处罚较法国更为严厉,具有强烈的惩罚性,更倾向于对债权人利益的保护。而效法法国排除故意违约上可预见性规则的适用显然更有利于债权人利益的保护。

也许有人会担心,在违约损害赔偿的领域要因违约方有无过错而有所区别,这会不会与合同法的归责原则——严格责任原则在逻辑上产生冲突?这种担心是没有必要的。可预见性规则与违约归责原则属于不同的范畴,在违约责任领域发挥着不同的作用。归责原则是确定行为人违约责任的根据和标准,是解决损害赔偿的第一步,解决的是被告是否承担责任的问题;可预见性规则是在依据一定的归责原则确定行为人的责任承担后,再确定其责任范围时运用的判断规则,解决的是被告的责任范围问题。二者在适用位阶、场景不同,功能的侧重点不同,故二者并不冲突。而且,可以说,在损害赔偿时区别对待违约人的主观心理软化了严格责任对所有违约行为在处理后果上等量齐观、不加区分的僵硬立场,校正了其在实现正义目标中可能出现的偏差,这二者完全是协调一致地努力实现公平正义。

因此,在我国,应当对可预见性规则的适用范围有所限制,其适用不应该是无条件的。故意(包括重大过失)违约应不适用可预见性规则,而应当承担完全赔偿责任。

#### 参考文献:

- [1]韩世远.违约损害赔偿研究.法律出版社.1999年版.
- [2]曾世雄.损害赔偿法原理.中国政法大学出版社.2001年版.
- [3][英]阿蒂亚.赵旭东等译.合同法导论.法律出版社.2003年版.
- [4]吕伯涛.适用合同法重大疑难问题研究.人民法院出版社.2001年版.